

Um novo projeto de código criminal brasileiro

Enrico Altavilla

(Da R. Universidade de Napoles, Italia)

A “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo” publica o projeto do novo código criminal, apresentado em maio de 1938 pelo prof. ALCÂNTARA MACHADO ao Ministro da Justiça.

A direta influência do código italiano é reconhecida pelo autor, e daí o ecletismo que reflete no que respeita às duas escolas. Direi mesmo que no projeto não se percebe qualquer tentativa de superação, para aplicação mais integral dos princípios positivistas, ao invés do que se dá com outros mais recentes, como os do México, Argentina, Cuba, etc.

Examinarei, pois, esse trabalho no ponto de vista da técnica, sem ter a mais longínqua pretensão de fazer um estudo completo. Limitar-me-ei, para me servir das palavras de LUCHINI, a colher alguma flor ou a assinalar algum renovo.

I. *A denominação.* O código se denomina criminal, o que está conforme com o que pensamos nós outros, positivistas, que já havíamos notado (1) aquilo que o relator acentua: um código que adote também as medidas de segurança não pode chamar-se “penal”, e tem de retornar à expressão “criminal”, que é mais ampla, e que, no caso do projeto, se faz mais precisa, uma vez abolida a distinção entre delitos e contravenções.

(1) ALTAVILLA, *Lineamenti di diritto criminale*, 1933.

II. *Crimes, e não delitos e contravenções.* E' gesto de audácia ir de encontro a uma tradição imperante em quasi todos os códigos modernos. Mas o relator se inspira na lição de escritores, e nossos, e especialmente na de SABATINI. Procuram eles em vão, com as fórmulas mais variadas, estabelecer uma diferença, que é muitas vezes desmentida pelo próprio direito positivo.

Se no fundo se trata de "reati mani" (FLORIAN), e por vezes as penas acabam por diversificarem tão sómente pela denominação, melhor será, como tentarei fazer um trabalho de publicação iminente, sistematizar essas infrações menores ao lado das maiores, cuja prevenção está com elles relacionadas.

Busquemos exemplos no código italiano. Quem não achará mais logicamente colocadas entre os delitos entre a ordem pública a formação dos corpos armados não tendentes á prática de crimes (art. 653) e a participação em ajustamento sedicioso (art. 655)? E a omissão ou remoção de sinais ou tapumes e a falta dos reparos exigidos por edificios ou construções que ameacem ruína (art. 677), entre os crimes contra a incolumidade pública?

Apresso-me em acrescentar que esse critério exato de distribuição não foi seguido pelo projeto em apreço. Comprehendemos perfeitamente, por exemplo, que constituam delito referente á tranquillidade os distúrbios resultantes no exercício de profissão incômoda ou rumorosa (art. 203); mas não parece que possa incluir-se em tal capítulo o fato de fornecer álcool a menor de 18 anos, ou de ter um menor dessa idade como empregado de estabelecimento, em que se forneçam bebidas alcoólicas (art. 205 e 206), por isso que as normas em questão não tendem a garantir a tranquillidade pública. Assim, também, a mendicidade pode ser contemplada entre os crimes, que se referem ao trabalho (art. 219); enquanto que não ha como encartar entre elles o abuso da credulidade pública (art. 220).

III. *Divisão do código. Parte geral.* Divide-se o projeto em dois livros: parte geral e parte especial. Trata a primei-

ra: 1) da aplicação da lei penal; 2) do crime; 3) do agente; 4) das penas; 5) das medidas de segurança; 6) do regime da menoridade; 7) da ação criminal.

Merece aprovação a idéia de ser o delito considerado antes do delinquente. Essa é uma das poucas dissidências que me separam de FERRI e de FLORIAN. A concepção do delinquente pressupõe necessariamente a do delito. Sem fixar a linha de demarcação entre o lícito e o ilícito penal, não é possível identificar os contraventores.

IV. *Do crime consumado e tentado.* Muito me agradou a definição do crime consumado: “diz-se consumado o crime, quando realiza todos os elementos de sua qualificação legal”

E’ o que sempre sustentei (2) e ultimamente repeti em varios passos do “Novo Digesto Italiano” (3): “o delito se diz consumado, quando no caso concreto a conduta coincida exatamente com a espécie legal” (4).

O conceito assim formulado evitaria qualquer disputa em matéria de delito condicional. Pacifico se tornaria que se dá o momento consumativo, quando realizado o último elemento, intrínseco ou extrínseco (pouco importa), necessario á estruturação do delito. Só, portanto, quando, com a hipótese legislativa, se ajustem, assim a conduta, como os outros elementos que, embora estranhos, estejam na hipótese prescritos, só então se poderá falar de crime e se terá acertado o momento consumativo, o que é essencial para o efeito da prescrição (mesmo que se prescindia do art. 158 do código penal italiano) e da competência territorial.

Isso não contrasta com a doutrina moderna, que repudia a conceituação da tentativa como delito “imperfeito”, porque não desconhece que, na sua perfeição jurídica, a tentativa é sempre uma sub-espécie, que se deve reportar a uma hipótese típica.

(2) ALTAVILLA, *Linimenti*. Id., *Manuale di diritto criminale*, 1934.

(3) In verbis *Reato e presupposti e condizioni di punibilità*.

(4) ALTAVILLA, *Tentativo*, em *Nuovo Digesto Italiano*.

De outra parte, cumpre que a doutrina se encaminhe para a criação de uma distinção decorrente das relações entre crime consumado e tentado, a saber: a) *crimes de tentativa possível*, isto é, que são suscetíveis da hipótese de crime consumado, quando se verifique um evento de dano e de crime tentado; b) *crimes de perigo*, nos quais o momento consumativo se opera com a verificação de um evento de perigo e que não são suscetíveis de tentativa; c) *crimes de dano necessário*, que não constituem a tentativa, como seja a determinação ao suicídio previsto no art. 580 do cód. italiano, critério que não é preciso no art. 313 do projeto, onde se exige que ao menos o suicídio seja tentado, o que importa em tornar punível a instigação, ainda no caso de ausência de dano; d) *crimes de dano com equiparação da tentativa ao crime consumado*, do que encontramos exemplo no projeto (art. 233), em se tratando de estupefacientes.

Ao estruturar a tentativa o projeto não é suficientemente claro, no que respeita á “desistência voluntária”. Porque, depois de ter dito no art. 10, que “o crime se diz tentado, quando a execução já iniciada se não consuma por circunstâncias independentes da vontade do agente”, manda no artigo imediato que se punam os atos anteriores que por si mesmos constituam crime, quando o agente desistir voluntariamente da execução do crime ou fôr impossibilitado de consumá-lo. Não compreendemos como essa “impossibilidade de consumação” divirja da falta de consumação por causas independentes do agente.

O projeto dá a seguir aquele passo no sentido da subjetivação, que é a aplicação de medidas de segurança no caso de tentativa inidônea.

5. *Elementos psíquicos e causas de justificação*. A distinção entre dolo, culpa e preterintenção não se diferencia da aceita pelo código italiano, e poucas divergências ha também no que se refere ás causas excludentes do elemento psíquico e da injuricidade.

Dá-se eficácia ao consentimento de quem possa dispôr do direito violado ou ameaçado; o que autoriza a dúvida sobre se é possível falar de direito violado ou ameaçado (5), motivo pelo qual o nosso código substituiu a palavra “offeso” por “avente diritto” (art. 50).

Quanto á legitima defesa, procura-se resolver legislativamente a questão doutrinaria de ser ou não justificavel a conduta de quem poderia salvar-se mediante a fuga (6). De fato, o art. 14 se refere á impossibilidade de preveni-la ou obstá-la (a agressão), sem *humilhação ou perigo*” Aí está um preceito de dignidade e de coragem acolhido pelo código.

Extremo ou requisito capaz de criar dificuldade práticas é “a ausência de provocação suficiente da parte do agredido”. Na verdade, tão diferentes são os fundamentos dos conceitos de “provocação” e de “legitima defesa”, que nenhuma provocação, por mais grave que seja, poderá votar a morte o provocador.

São inimputaveis os menores de 18 anos, os surdos-mudos não educados, os selvagens não civilizados, os doentes mentais. Semi-imputaveis, os menores de 18 anos e menores de 21, os surdos-mudos educados, os selvagens incompletamente civilizados e os semi-loucos.

Não influem sobre a imputabilidade as emoções e paixões e a embriaguez não fortuita (7).

7 — *Delinquente ocasional e por tendência*. Considera-se delinquente ocasional “aquele que tiver cedido exclusivamente a uma influência exterior e momentânea, constituída por um fato singular em sua vida”

Não entendemos, antes de tudo, porque se deva tratar da causa momentânea. Uma paixão corrosiva pode arras-

(5) ALTAVILLA, Il suicidio nella psicologia, nella indagine giudiziaria e nel diritto.

(6) ALTAVILLA, in Nuovo Digesto Italiano, v. “Legittima difesa”, “Eccesso” e “Stato di necessità”

(7) ALMARAS, Exposición de motivos, 1931.

tar ao delito depois de longa resistência; e o passional é certamente um ocasional, de acôrdo com o meu conceito, adotado por Grispigni e agora por toda a doutrina, e a que faz explicita referência a exposição e motivos, digo mexicano de 1931: o critério para a comensuração da criminalidade reside na eficiência diversa dos fatores exógeno e endógeno. Parece-me, além disso, que ha exagêro em reclamar eficácia *exclusiva*, quando bastaria falar de prevalência de fatores. Impossível será esquecer que, embora o ocasional careça de periculosidade, é inegavel que, pelo simples fato de haver delinquido, revela capacidade para delinquir. E, por último, não ha como excluir de modo absoluto que até um reincidente possa ser criminoso ocasional; e não seria prudente encerrar a multiforme natureza humana em fórmulas apriorísticas de excessiva rigidez.

Quanto ao criminoso por tendência, penso que a fórmula já infeliz do código Rocco aparece provada (8).

Assim, é absolutamente injustificada a limitação a certos delitos, deixando, p. ex., á margem, a delinquência sexual em que a verdadeira instintividade se revela.

Acresce que absolutamente não me afigura aceitavel a fórmula de ser delinquente por tendência quem “manifestar notavel perversão moral, por seu comportamento anterior, concomitante ou subsequente” ao delito. E’, em substância, a fórmula de Tarde, de que tambem eu me utilizei amplamente em recentissimo escrito. Mas apresenta dois defeitos.

Primeiramente, aparecem ai fundidas duas personalidades psicológicas, que tem caracteres diferenciais: o delinquente instintivo e o louco moral (9). A doutrina já

(8) ALTAVILLA, Il delinquente per tendenza nella realtà e nella finzione legislativa (Scuola Positiva, 1938). GRACCO BIONDI, La morbosità della pazzia morale (Corte di Assise, 1938).

(9) ALTAVILLA, Dalla monomania omicida alla delinquenza per tendenza (Scuola Positiva, 1931); La appartenenza del reato alla personalità psico-etica del suo autore (id. 1933); Imbecilli morali e delinquenti per tendenza (Riv. pen. 1930); Teoria soggettiva del reato, 1933.

revelou as suas resistências ao direito positivo, no tocante á unificação de tais tipos ou á sua normalidade. Ainda recentemente, em uma de suas sentenças e em uma nota, Rende, escritor positivista, resvalava no equívoco de estabelecer distinção entre a personalidade ética e a psicológica, como se o homem tivesse órgãos destinados particularmente a acioná-las. Que o senso ético está inteiramente correlacionado com a nossa estrutura psicológica é o que demonstram a hereditariedade, as molestias, o funcionamento associativo. Ainda estou á espera de que me digam os adeptos da tese contrária como o encefalítico e o alcoolizado possam padecer modificações do senso ético, senão mediante distúrbios psíquicos. Tem valor transcendente a experiência feita pelo padre Gemelli em indivíduos criminosos por tendência, cuja morbosidade ficou demonstrada. Os futuros códigos deverão compreender que tais delinquentes são anômalos, contra os quais precisamos defender-nos energicamente, mas com vigorosas medidas de segurança (10).

Note-se, finalmente, que na fórmula do projeto não se dá suficiente importância ao delito como elemento de diagnóstico, de que o comportamento é elemento subsidiário.

8 — *Pena de morte*. Manifestamos alhures (11) a nossa opinião contrária á pena de morte. Mas estamos na posição de comentadores. Limitar-nos-emos por isso a esclarecer que, segundo o projeto, a penalidade não se aplica aos menores de 18 anos, nem aos maiores de 70, nem áqueles em cujo favor militem circunstâncias atenuantes. Vem depois numa norma de psicologia judiciaria, que oferece particular interesse: não se aplicará a pena capital, quando a única prova de qualquer dos elementos constitutivos do crime fôr a confissão do agente. A' parte a impropriedade da expressão "agente", quando caberia falar de "indiciado", a norma tem alcance demasiadamente absoluto, e de-

(10) Cass. 24 junho 1938. RENDE (nota in Corte di Assise, 1938).

(11) ALTAVILLA, Lineamenti di diritto criminale, 1933.

veria antes constituir um conselho de prudência para os juizes (12).

9. *Aplicação da pena.* Este capítulo incorre em grave inexactidão de sistematáca, visto que põe no mesmo plano os critérios de aplicação da pena, que deve seguir o magistrado, na discricionalidade dos mínimos e dos máximos, e a estrutura das circunstâncias, que não são critérios de aplicação do crime, tornando-lhe mais complexa a estrutura com o concurso de elementos accidentais.

Outro defeito: muitas de tais circunstâncias revivem na parte especial, quando seria bastante uma referência á parte geral, embora se quizessem estabelecer critérios autónomos de aumento da pena. Nos delitos contra a pessoa, p. ex., reaparecem verdadeiras circunstâncias genéricas, como de as ter agido em estado de provocação determinado por fato injusto de outrem (art. 311).

Andou bem o projeto em atribuir o valor de circunstância atenuante a qualquer concorrência casual (art. 46, IV). Também adotou os conceitos da equivalência ou da prevalência.

10. *Rehabilitação.* O projeto acolhe o largo conceito de cancelamento do registro da sentença (art. 66 n. I).

Tal se dá em face do nosso código, sómente quando o condenado chega aos 90 anos(cod. pr. pen. art. 605). E' como que um escárneo macabro. Redunda praticamente numa inutilidade, porque a inscrição consumada torna impossivel ao condenado reconstruir a vida. Poderia o nosso código acolher o conceito, limitando-o a casos excepcionais.

11 — *Medidas de segurança.* Acertadamente é suprimido o adjetivo “administrativas”, com que o código italiano pretende cortar as asas a um processo de evolução doutrinária.

Aceita-se o principio na retro-atividade e exige-se, para aplicar a imposição, a prática de um crime, salvo nos mes-

(12) ALTAVILLA, Psicologia giudiziaria (cap. Confessione), 1928.

mos casos do código italiano, casos a que dei o nome de delitos imperfeitos.

Aos critérios gerais, desunidos da reiteração, da habitualidade e da tendência, acresce o que decorre de certos crimes, como o lenocínio e algumas formas da delinquência associada (art. 76).

10. *Ação penal.* Aderindo ao conceito do código ZANARDELLI, que tão grande nostalgia deixou em escritores de valor, fala o projeto de “causas de extinção do delito” São as mesmas do código italiano; mas, com evidente falha de sistemática, se contém na parte geral causas de extinção limitadas a certos crimes, como o casamento com a ofendida nos delitos contra a liberdade sexual e a reabilitação na falencia (art. 117).

11 — *Parte especial: divisão.* Divide-se a parte especial em 12 títulos, consagrados respetivamente aos crimes contra: 1) a personalidade do Estado; 2) a administração pública; 3) a ordem pública; 4) a economia nacional; 5) a incolumidade pública; 6) a fé pública; 7) o sentimento religioso e o respeito aos mortos; 8) o pudor individual e a liberdade sexual; 9) a família; 10) a pessoa; 11) a propriedade imaterial; 12) o patrimônio.

A abolição do título “crimes contra a administração da justiça” leva a graves erros, como seja o de pôr no mesmo plano de delitos contra a honra, a difamação e a calúnia.

Queremos assinalar também certos defeitos de estrutura, que se revelam em todo o código, mas principalmente na parte especial:

a) a carência de epígrafes, que fixem a denominação jurídica; falta que se torna sensível, por exemplo, quando se leem os arts. 151 a 153, que nos fazem conhecer uma determinada conduta punível, mas nos deixam na ignorância de que elas se chamam “peculato” e “concussão”

b) a preferência dada a fórmulas muito complexas, cheias de §§ distinções, que chegam a criar dificuldades

a uma citação expedita; quando melhor seria a compilação de artigos, que de modo sintético, definam figuras particulares. Basta recordar o art. 311, que trata do homicídio voluntário; das circunstâncias agravantes e atenuantes; do homicídio preterintencional, do homicídio culposo, isto é, de matéria muitíssimo diversas, que não podem ser unificadas pela identidade do evento.

12. *Noções publicísticas.* Ha manifesta imprecisão de alguns conceitos no direito público. Assim é que o projeto emprega indiferentemente as expressões “oficial público” e “público funcionário”. Falta a noção do encarregado de serviço público ou de quem exerce serviço de pública necessidade (13). Com o desconhecimento da concepção moderna “*officialis ab officio*”, utilizam-se noções fragmentárias, como quando se estabelece, em matéria de delitos contra a fé pública, que é “funcionário público aquele que imprime caráter oficial ao documento, redigindo-o, subscrevendo-o ou visando-o”, de onde se poderá concluir que seja diferente a noção aceita para os outros crimes contra a administração pública.

13 — *O delito de contágio.* Não ha titulo para os delitos contra a integridade ou a saúde da estirpe. Mas a delito de contágio é previsto, como agravante dos crimes contra a liberdade sexual e como forma dos delitos contra a pessoa. O primeiro caso (art. 283, III) abre margem a perplexidade, porque se considera a produção de moléstia grave ou gravíssima como agravação ulterior. Mas o contágio venéreo é causa quasi sempre de tais moléstias. Qual a norma que terá prevalência?

14. *Conjunção carnal com menor virgem.* E' delito, quando cometido em maior de 16 e menor de 18 anos por quem seja notoriamente nôivo da vítima. A mesma pro-

(13) ALTAVILLA, *Concezione penalistica della pubblica amministrazione* (Annali di diritto e procedura penale, 1935). Vejam-se também Nuovo Digesto Italiano, in v. Pubblico ufficiale e dilitti contro la pubblica amministrazione.

cura evidentemente proteger a menor contra aquele que, devido a relações peculiares de amor, pode torná-la sua prêsa. Mas por que exigir na espécie a notoriedade, como se a hipótese fosse de ofensa ao pudor público?

Modalidade de reparação pecuniária é a obrigação de dotar a ofendida, sujeito passivo do delito sexual.

15 — *Delitos contra a pessoa*. Em tema de homicídio, vemos a preterintencionalidade funcionar como a provocação, o que importa em confundir uma hipótese particular de crime com uma circunstância atenuante, e deixar em dúvida como será punido o homicídio preterintencional provocado.

Quanto ao aborto, o projeto adota a noção triunfante na opinião de parte da doutrina italiana, mas que eu não aceito: “expulsão prematura ou destruição no próprio ventre do produto de concepção” (art. 314). Entendo que o aborto se verifica, não com a expulsão, mas com a morte do feto, de modo que, se este último sobrevivesse, haveria aborto tentado. Se a expulsão fosse determinada pelo desejo de provocar o nascimento prematuro, poderia haver somente uma lesão em prejuízo da mulher (15).

Impossíveis se declaram a tentativa de aborto cometida pela mulher em si mesma e o aborto das mulheres que tenham concebido em consequência de estupro. Decide-se dessa maneira uma questão, que dividiu a doutrina depois da última guerra.

16 — *Periclitação da vida e da saúde*. Aí está um híbrido concúbio de variadas formas criminosas, que não faz honra a um projeto de código tão sabiamente elaborado. Do duelo se passa a verdadeiras modalidades de lesões tentadas ou consumadas, lesões de leve entidade, abandono e exposição de infante, maus tratos.

(15) ALTAVILLA, I delitti contro la persona e la integrità e la sanità della stirpe, 1934.

17. *Delitos contra a propriedade imaterial.* O projeto protege a propriedade literária, científica, artística (art. 378), as patentes (art. 350), as marcas de fábrica (art. 353).

18. *Delitos contra o patrimônio.* Exagerando o êrro do código italiano, que coloca o furto entre os crimes cometidos com violência, reclama-se esta última de maneira a dar uma noção que se confunde com a da rapina. Ainda neste título se conteem figuras heterogêneas, como a fraude comercial, a venda de coisas nocivas á saude (art. 375). Aprova, porém, incondicionalmente, o fato de incluir os delitos falimentares (art. 379 e 380).

* * *

Tais são as breves observações despertadas por um projeto que, se não tem méritos particulares de novidade, é todavia estruturado com grande sabedoria jurídica.